

CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

B) PERSONAL

SUMARIO: I. SELECCIÓN: *Carácter excepcional de la contratación de personal en régimen administrativo. Ante una STC interpretativa, los Tribunales al aplicar la norma deberán partir de dicha interpretación.*—II. DERECHOS: 1. *Retribuciones. Profesores de EATP. Según reiterada jurisprudencia, tienen derecho a que se les reconozca la proporcionalidad 8 y el coeficiente 3,6 con efecto de 1-1-1981.* 2. *Jubilación. Profesorado EGB. Prevalencia de la jubilación automática a los 65 años dispuesta en el RD-Ley 17/1982 sobre la escalonada de la Ley 30/84.* 3. *MUFACE. Legalidad de la integración del montepío de funcionarios de la AISS.* 4. *Indemnizaciones. Comisión de servicio. Funcionarios de oficinas ambulantes de Correos. Dado que la finalidad de las dietas es la de compensar los gastos que origina la estancia fuera de la residencia oficial, no la de retribuir un trabajo o actividad especial, sólo comenzarán a devengarse desde la salida del tren según el horario oficial, y no desde el momento anterior en que el funcionario debe presentarse en la oficina.* 5. *Retribuciones. Funcionarios de correos de oficinas ambulantes. Tienen derecho a la gratificación por penosidad festiva, que es compatible con el complemento específico —que corresponde al puesto de trabajo con independencia del tiempo en que se realice—, pero no con la gratificación de penosidad nocturna, pues el trabajo nocturno está ya compensado con la penosidad que incluye en la jornada horas nocturnas.* 6. *Derecho de reunión en el centro de trabajo y durante la jornada laboral. Requisitos: conformidad de ambas partes; no más de 18 horas anuales, y no perjuicio al servicio.*—III. INCOMPATIBILIDADES: 1. *Incompatibilidades. No es preceptiva la audiencia en la resolución de expediente relativo a incompatibilidad de dos puestos en el sector público, uno a tiempo completo y otro a tiempo parcial, si no se tienen en cuenta otros hechos, alegaciones y pruebas que los aducidos por el interesado. Improcedencia de la compatibilidad.* 2. *Incompatibilidades. Dos puestos de trabajo en el sector público. Incompatibilidad con puesto de trabajo en jornada ordinaria y con complemento específico.*—IV. RÉGIMEN DISCIPLINARIO: 1. *Faltas. Desconsideración con los superiores y compañeros. Perturbación del servicio. Artículo 6.h) RD: el plazo inicial para el cómputo del año será la fecha de la primera resolución sancionadora, pero el término final lo será la fecha en que se haya cometido la nueva falta, no la de la nueva resolución.* 2. *Faltas. Calificada como abandono de servicio que debe ser tipificada como incumplimiento injustificado de la jornada de trabajo que, acumulado, suponga un mínimo de diez horas al mes. Posibilidad de que el Tribunal efectúe nueva tipificación y resuelva sobre la también nueva sanción a imponer, aunque el recurrente postulase tan sólo la anulación de los actos impugnados.*

I. SELECCIÓN

Carácter excepcional de la contratación de personal en régimen administrativo. Ante una STC interpretativa, los Tribunales al aplicar la norma deberán partir de dicha interpretación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO
(Sentencia apelada)

«La presente "litis" que viene en esencia a reproducir el debate planteado en repetidas ocasiones ante esta Audiencia Territorial, suscita una cuestión capital, cual es la interpretación de la Ley catalana 4/1981, de 4 junio, de medidas urgentes sobre Función Pública de la Generalitat de Catalunya, que, en el marco de la legislación básica del Estado, constituye la norma prioritariamente aplicable, conforme a lo dispuesto en el artículo 149.1.18 de la Constitución y en el artículo 10.1.1 del Estatuto de Autonomía. No cabe olvidar que la referida Ley fue objeto de un recurso de inconstitucionalidad promovido por el Gobierno ante el Tribunal Constitucional, en el que recayó Sentencia de fecha 8 febrero 1982 (RTC 1982, 5), que desestimó el citado recurso. Esta es, sin embargo, un claro ejemplo de las que la doctrina ha venido llamando "sentencias interpretativas", caracterizadas por el hecho de que la Jurisdicción constitucional declara ajustado a la Norma Suprema un determinado sentido o interpretación de la Ley impugnada y no otro u otros, de lo que se desprende que los Tribunales, en su función de aplicación de la norma, deberán partir de la interpretación declarada conforme a la Constitución por su supremo intérprete. Es por ello esencial acudir a las declaraciones contenidas en la sentencia antes mencionada, de entre las que destacan, por su trascendencia para la presente "litis", las contenidas en el Fundamento 2.º de aquella. Así, por lo que respecta al procedimiento a seguir para la contratación de personal en régimen de Derecho Administrativo, regulado en el artículo 4.º de la Ley, el Tribunal Constitucional declara que "el carácter básico que sin duda tiene el principio de excepcionalidad de la contratación administrativa, consagrado en el artículo 6 de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado, impide utilizar este procedimiento como vía normal de provisión de puestos en la Función Pública". En relación a la provisión de vacantes en puestos de trabajo a que se refiere la disposición adicional 4.ª de la Ley, el Tribunal afirma que "la opción entre una u otra vía de acceso a la Función Pública está condicionada por los principios básicos de la legislación estatal, que no son principios reguladores de los distintos procedimientos sino definidores de la consecuencia necesaria que entre ellos ha de darse, secuencia que define cuál haya de ser la estructura de la función pública y que obliga a acudir no a la contratación, sino a la interinidad, para la designación de quienes provisionalmente hayan de ocupar vacantes que definitivamente sólo puede ser posición adicional cuarta, que analizamos, hace en favor del Consejo Ejecutivo de la Generalitat es constitucionalmente legítima en la medida en que se entienda que la opción entre la contratación administrativa y otra vía de provisión no es una opción libre, sino realizada de acuerdo con la legislación básica del Estado, y que ésta no es, en cuanto básica, legislación de aplicación supletoria".

Del contenido de la sentencia del Tribunal Constitucional de que se ha venido haciendo referencia —la de 8 de febrero de 1982— pueden extraerse las siguientes conclusiones, todas ellas trascendentes en relación con las cuestiones planteadas en la presente "litis"; en primer lugar, la Ley 4/1981, de 4 junio, no establece una nueva categoría de personal contratado administrativo distinta de la regulada en el artículo 6.º de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado, pues ello no se desprende del tenor literal de aquella, al tiempo que una interpretación del Texto Legal en ese sentido pugnaría con las declaraciones del Tribunal Constitucional antes referidas, sien-

do como es la interpretación formulada por dicho Tribunal la única constitucionalmente válida; en segundo lugar, cualquier norma de rango reglamentario que desarrolle la Ley 4/1981 en sentido diferente al declarado por el Tribunal Constitucional debe ser inaplicada por los Jueces y Tribunales, conforme a lo dispuesto en el artículo 6.º de la vigente Ley Orgánica de Poder Judicial; en tercer lugar, el carácter de norma básica predicado respecto del artículo 6.º de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado obliga a considerar excepcional el recurso de, digo a la contratación de personal en régimen de Derecho Administrativo, posibilitada exclusivamente a los fines vistos en referidos específicos, concretos y de carácter extraordinario o de urgencia, y por otra, la colaboración temporal en las tareas de la respectiva dependencia administrativa en consideración del volumen de la gestión encomendada a la misma, cuando por exigencias y circunstancias especiales de la función no puedan atenderse adecuadamente por los funcionarios de carrera de que disponga el organismo; y por último, la vía ordinaria de provisión de vacantes que definitivamente sólo puedan ser cubiertas por funcionarios de carrera es la designación de funcionarios de empleo interinos. A la vista de cuanto ha quedado expuesto, se deduce que las resoluciones recurridas no son ajustadas a Derecho, por lo que procede su anulación en cuanto suponen la provisión ordinaria de plazas vacantes mediante contratación de personal en régimen de Derecho Administrativo, sin atender a la excepcionalidad de tal régimen.»

FUNDAMENTOS DE DERECHO (Tribunal Supremo)

«Se aceptan los de la sentencia apelada que han sido reproducidos en el antecedente de hecho de esta sentencia y

Pocos razonamientos pueden añadirse a los Fundamentos de Derecho que se han acogido anteriormente, porque la misma representación de la Generalidad de Cataluña reconoce que no se había publicado ninguna legislación comunitaria específica, de modo que ha de aplicarse la normativa estatal tanto en lo básico como en los detalles mientras no se hubieran dado normas autonómicas propias.» (*Sentencia de la Sala 3.ª, Sección 7.ª, 1 febrero 1995, que confirma la de la entonces Sala 3.ª de la AT de Barcelona de 21-3-1986.*)

II. DERECHOS

1. *Retribuciones. Profesores de EATP. Según reiterada jurisprudencia, tienen derecho a que se les reconozca la proporcionalidad 8 y el coeficiente 3,6 con efecto de 1-1-1981.*

«Es doctrina reiteradísima de este Tribunal que las profesoras de EATP (antes Enseñanzas del Hogar) tienen derecho a que se les reconozca la proporcionalidad 8 y el coeficiente 3,6, con efecto del día 1 de enero de 1981, en aplicación de lo prevenido en el Real Decreto 972/1983, de 2 marzo, que ha venido a completar la Ley 8/1981, de 21 abril, sin que, por otra parte, en este caso se planteen problemas de prescripción al reconocimiento del derecho, puesto que referida la petición al 1 de octubre de 1983, no habían transcurrido cinco años desde esta fecha cuando se reclamó al Consejo de Ministros.» (*Sentencia de la Sala 3.ª, Sección 7.ª, 27 diciembre 1994.*)

2. Jubilación. Profesorado EGB. Prevalencia de la jubilación automática a los 65 años dispuesta en el RD-Ley 17/1982 sobre la escalonada de la Ley 30/84.

«El objeto del proceso, en el que se interpone la presente apelación, es la impugnación de la desestimación por silencio del recurso extraordinario de revisión, fundado en manifiesto error de hecho, interpuesto por la demandante, contra la Resolución de 11 septiembre 1985, por la que se le jubiló a los 65 años por el cumplimiento de la edad para la jubilación forzosa.

La sentencia apelada, después de que la Sala *a quo*, haciendo uso de las facultades establecidas en el artículo 43.2 de nuestra Ley Jurisdiccional, sometiera a las partes si lo que se planteaba en el recurso extraordinario de revisión era una cuestión de derecho, y no de hecho, analiza el concepto del error de hecho, y llega a la conclusión de que la normativa aplicada a la demandante para su jubilación fue el RD-Ley 17/1982, que tenía establecido un régimen concreto y específico de jubilación a los 65 años para los profesores de EGB y por esa razón se le jubiló a dicha edad, y que ese dato “no tiene la configuración de error de hecho, ni tampoco la omisión en la resolución de la aplicación de la disposición transitoria quinta de la Ley 50/1984, de 30 diciembre”, por lo que entiende la sentencia que “estamos ante un error típicamente jurídico, no de hecho, ya que lo que se plantea es la diferente normativa aplicable al recurrente en lo referente a su jubilación forzosa, y en consecuencia no concurre el motivo 1.º del artículo 127 LPA”.

En su extenso escrito de alegaciones apelatorias, en la número 16 concreta las pretensiones que formula en las de examen de la incongruencia de la sentencia, y en el de la contradicción entre la sentencia apelada y las que se indican a lo largo del escrito.

A partir de esa pauta sistemática es oportuno seleccionar del amplio contenido de las alegaciones la atinente a la incongruencia, por su significado procesal, reservando para un momento posterior la referencia, necesariamente globalizada, según en su momento se justificará, a todas las restantes alegaciones apelatorias.

Se aduce la incongruencia en las alegaciones apelatorias cuarta y séptima. En la primera de ellas se viene a decir que en ningún momento se había cuestionado la aplicabilidad de los artículos 127 y 128 de la Ley de Procedimiento Administrativo a los supuestos juzgados y que “entre las cuestiones sometidas al juicio del Tribunal de instancia no se encontraba la posible declaración de inadmisibilidad de la demanda por improcedencia del procedimiento utilizado en la vía administrativa; la propia Administración no cuestionó la existencia de los imputados errores materiales; la oposición se fundamentó exclusivamente en relación con la normativa legal aplicable”, planteamiento que prácticamente se viene a reproducir, con menor extensión, en la segunda de las citadas alegaciones.

Frente a tal planteamiento es necesario hacer una doble observación: *a)* que la sentencia apelada, contra lo que parece indicar el párrafo transcrito, no ha declarado la inadmisibilidad de la demanda, sino su desestimación; *b)* que si bien es cierto que la Administración demandada no centró su oposición en torno a la existencia o no de error de hecho, no lo es menos que tal temática fue expresamente introducida en el proceso por el Tribunal por el cauce legal del artículo 43 de nuestra Ley Jurisdiccional, con lo que, introducida en él, es ya base de referencia para fijar en relación con la misma la congruencia. No cabe así que una sentencia basada en una causa obstativa de la demanda, legalmente introducida en el proceso, pueda tacharse de incongruente, imponiéndose por tanto el rechazo de esta alegación, rechazo que a su vez es clave para desestimar la apelación toda.

El resto de las alegaciones apelatorias eluden entrar en la impugnación del fundamento clave de la sentencia, que no es otro que el de si la resolución contra la que se interpuso en vía administrativa el recurso extraordinario de revisión del artículo 127 de la LPA, con fundamento en su apartado 1.º, y que fue desestimado por silen-

cio, se dictó sobre la base de un “manifiesto error de hecho, que resulta de los propios documentos incorporados al expediente”.

Toda la extensa argumentación apelatoria se refiere a una exposición de los antecedentes del recurso (alegaciones primera a tercera, inclusive), a la contradicción de la sentencia apelada con otras de otros Tribunales en casos similares (alegación quinta), a la contradicción con sentencias del propio Tribunal, sin razonamiento del cambio de criterio, y por tanto, a su juicio, vulneradora del derecho a la igualdad en la aplicación de la ley (alegaciones sexta y octava), y a la contradicción de la sentencia en la jurisprudencia que cita de este Tribunal Supremo y análisis de la normativa rectora de la jubilación de la demandante (alegaciones novena a decimoquinta).

Basta esa enunciación globalizada para concluir en la intrascendencia de las alegaciones en relación con el concreto objeto del proceso, que al principio se indicó, pues si no existe el manifiesto error de hecho, el recurso de revisión debía ser desestimado, como se desestimó por silencio, sin que los pretendidos errores jurídicos, objeto de las plurales alegaciones referidas, tengan oportunidad de juego frente a un acto firme, cualesquiera que fueran los que se hubieran podido cometer, al no haber sido recurrida la resolución en su momento.

El dato de que no se dedique ningún argumento para impugnar la apreciación de la Sala *a quo* sobre la inexistencia de error de hecho, es de por sí suficiente para el rechazo del recurso, pues el fundamento de la sentencia apelada no se ha desvirtuado.

Como dice la Sentencia de esta Sala de 6 abril 1988 (RJ 1988, 2661), citada en la apelada, “ha de entenderse como error de hecho, aquel que verse sobre un hecho, cosa o suceso, es decir, algo que se refiere a una realidad independiente de toda opinión, criterio particular o calificación, debiendo poseer las notas de ser evidente, indiscutible y manifiesto —Sentencias de 17 diciembre 1965 (RJ 1965, 6076), 5 diciembre 1977 (RJ 1977, 4693), 17 junio 1981 (RJ 1981, 2467), etc.—”; o como dice la Sentencia de 16 julio 1992 (RJ 1992, 6228) (F. 3.º.2.1), “el error de hecho... tiene que referirse... a los presupuestos fácticos determinantes de la decisión administrativa”.

En el caso actual la resolución recurrida, partiendo del dato fáctico del cumplimiento por la actora de la edad de 65 años, procedió a su jubilación forzosa, aduciendo al respecto la aplicación del artículo 33 y transitoria 9.ª de la Ley 30/1984.

La cuestión acerca de si con arreglo a esa normativa la edad de jubilación no debía ser la de 65 años, sino la de 67, si es precisamente esa normativa, citada en la resolución recurrida, la aplicable al caso, y no el RD-Ley 17/1982, y si además la actora era beneficiaria al jubilarse de la ayuda establecida en la disposición transitoria 5.ª de la Ley 50/1984, nada tienen que ver con una errónea apreciación de los hechos constitutivos del supuesto de aplicación de las normas, o de la decisión, ni puede por tanto calificarse en modo alguno como error de hecho, sino que se trata de cuestiones inequívocamente jurídicas, que no pueden encuadrarse en el supuesto del artículo 127.1.º de la LPA.

Lo que realmente se pretende por la recurrente es impugnar extemporáneamente un acto administrativo firme, para lo que intenta, con un esfuerzo dialéctico estéril, por lo manifiestamente desviado de su objeto, convertir en error de hecho lo que, en su caso, sería una infracción de norma o un error de derecho, debiendo por tanto rechazarse su forzadísimo recurso, sin necesidad de entrar en el análisis de las alegaciones jurídicas sobre la normativa aplicable, y sobre la contradicción de la sentencia con las de otros Tribunales.

No está, no obstante, de más decir, en cuanto a éstas, que resulta intrascendente la discordancia de la apelada con las de otros Tribunales del mismo grado jerárquico, si bien no lo sea en principio la discordancia con las del propio Tribunal, en relación con la que puede entrar en juego en principio la alegada vulneración del principio de igualdad, al no haber razonado el Tribunal *a quo* el apartamiento de su precedente doctrina.

Conviene, sin embargo, observar que en el contraste entre las sentencias del Tribunal *a quo* en las que estimaron los recursos similares al actual, no se había cues-

tionado el dato de la existencia del error de hecho, como se hace en la ahora apelada, siendo esta nueva perspectiva de análisis totalmente acertada, según ha quedado razonado, en función de la cual debe entenderse que la solución correcta es precisamente la de la sentencia apelada, y no la de las precedentes, con las que se pretende contrastar. En tales circunstancias la perspectiva de la igualdad debe rechazarse, pues la sumisión del Tribunal a la doctrina de sus fallos anteriores no puede impedirle que la pueda revisar en función de nuevas consideraciones, ya que lo que veda el principio de igualdad no es tanto el apartamiento del precedente, como la decisión arbitraria, que aquí no se da.

Ciertamente, hubiera sido deseable que el Tribunal *a quo* hubiera razonado su cambio de criterio; pero el que no lo haya hecho no tiene aquí entidad para que pueda considerarse contraria a derecho una sentencia que queda demostrado que es plenamente conforme a él.

Finalmente, en cuanto a la alegada contradicción con nuestra jurisprudencia, y aunque estemos ya razonando a mayor abundamiento, si bien es innegable la existencia de la Sentencia de esta Sala Tercera, Sección 2.ª, de 27 octubre 1989 (RJ 1989, 7261), dictada en interés de Ley, no lo es menos que su doctrina ha quedado definitivamente rectificada por posteriores sentencias a partir de la de la Sala Especial del artículo 61 de la LOPJ de 7 noviembre 1990 (RJ 1992, 9159), que resolvió la contradictoria doctrina existente al respecto entre la Sección 1.ª de la Sala 3.ª en recursos de revisión —Sentencia, por ejemplo, de 6 octubre 1988 (RJ 1988, 7577), que proclamaba la inaplicabilidad al caso de las jubilaciones de los antiguos profesores de EGB de la Ley 30/1984, y correlativa sumisión de las jubilaciones al calendario gradual del RD-Ley 17/1982—, y las dictadas por la Sección 2.ª o 7.ª en apelación, de 27 octubre 1989 (RJ 1989, 7261) —citada por la parte—, 2 y 28 noviembre 1989 (RJ 1989, 8088) y 31 octubre 1989 (RJ 1989, 7804) (que entendían aplicable la transitoria 9.ª de la Ley 30/1984, y no el RD-Ley), seguida luego ya sin quiebra, tanto por la Sección 1.ª de esta Sala en recursos de revisión —*ad exemplum*, Sentencias de 5 y 27 septiembre 1991 (RJ 1991, 6316 y 6417), 15 julio 1992 (RJ 1992, 5678), 10 febrero 1993 (RJ 1993, 806), 15 junio 1994 (RJ 1994, 5039), etc.—, como por la Sección 7.ª, en recurso de apelación —Sentencias de 27 mayo 1991 (RJ 1991, 4212), 15 enero y 8 marzo 1993 (RJ 1993, 146 y 1928)—.» (*Sentencia de la Sala 3.ª, Sección 7.ª, 16 enero 1995.*)

3. MUFACE. Legalidad de la integración del montepío de funcionarios de la AISS.

«La cuestión sometida a la consideración de esta Sala que ahora enjuicia, se centra en determinar si son o no total o parcialmente conformes a derecho, y, por consiguiente si se debe o no, en iguales medidas, anular los acuerdos administrativos producidos por el Consejo de Ministros objeto de este recurso jurisdiccional; así como, si en caso positivo se ha de hacer por este Tribunal declaración expresa del respeto a los derechos y obligaciones que —según los recurrentes— les reconocía el Reglamento del Montepío de Funcionarios de la antigua Organización Sindical, de 10 mayo 1976, condenando a la Administración demandada a estar y pasar por dicho reconocimiento, así como a su cumplimiento en todos sus términos, con imposición de las costas a dicha Administración demandada que se ha opuesto a las pretensiones de referida parte actora.

Habiéndose de juzgar, por imperativo de la normativa contenida en el artículo 43.1 de la Ley reguladora de esta Jurisdicción, “dentro del límite de las pretensiones formuladas por las partes” —que es el anteriormente apuntado—, “y de las alegaciones deducidas para fundamentar el recurso y la oposición” —que son sustancialmente y en resumen las que a continuación se expresan—; se ha de considerar que

la representación de la parte demandante impugna en este recurso contencioso-administrativo el Acuerdo del Consejo de Ministros, de fecha 26 febrero 1988, confirmado en reposición por la Resolución de fecha 9 septiembre 1988, en cuanto que dichos actos administrativos disponen la "reducción progresiva de las cuotas" a satisfacer al Fondo Especial de "MUFACE", hasta el nivel que tenían en 31 de diciembre de 1973, con la consiguiente "reducción de las prestaciones" que, según los demandantes, tenía reconocidas por el Reglamento del Montepío integrado en referido Fondo Especial; lo que, a juicio de los hoy recurrentes, supone una infracción de la normativa contenida en los Reales Decretos-leyes de 8 octubre 1976 y 2 junio 1977, que según aquéllos garantizaban, en lo sucesivo, los derechos que tenían reconocidos en el Montepío de Funcionarios de la antigua Organización Sindical. Asimismo, los demandantes alegan, y la Administración se opone a dicha alegación, que por los Acuerdos administrativos combatidos se ha vulnerado el artículo 33.3 de la Constitución, cuando dice que "nadie podrá ser privado de sus bienes y derechos sino es por causa justificada de utilidad pública e interés social, mediante la correspondiente indemnización y de conformidad con lo dispuesto en las leyes". También aduce el Título Preliminar del Código Civil, en cuanto a que las normas deben interpretarse en el sentido propio de sus palabras, en relación con su contexto, los antecedentes históricos y legislativos y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas atendiendo fundamentalmente al espíritu y a la finalidad de aquéllos, amparando siempre los derechos adquiridos y todo en una armonía de buena fe. De igual modo aduce la normativa contenida en la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, de 26 julio 1957, en relación con las competencias, disposiciones y resoluciones administrativas, responsabilidad del Estado, y cuanto amparan los derechos adquiridos. En igual forma aduce la normativa contenida en la Ley de Procedimiento Administrativo, de 17 julio 1958, sobre la Administración del Estado, lo cual ha de ajustarse en su actuación a las prescripciones de las normas legales, así como a la responsabilidad de sus actos, la validez de los mismos, y cuantos requisitos son precisos para su eficacia, habida cuenta que, en otro caso, procede su anulación. Y, por último, aduce la Ley Orgánica del Poder Judicial, de 1 julio 1985, sobre el ejercicio de la potestad jurisdiccional, como medio de amparo de los derechos adquiridos de los ciudadanos. Asimismo, invoca la Resolución de la Subsecretaría de la Seguridad Social de 10 mayo 1976, por la que se aprueba el Reglamento de la Entidad denominada Montepío de Funcionarios de la Organización Sindical, inscrita en el Registro Oficial de Entidades de Previsión Social, con el número 860, donde se consignaban todos los derechos y obligaciones de los afiliados y asociados, y en todo aquello que se refiere a cotizaciones y prestaciones, especialmente en los artículos 38, sobre cuotas, y 49, 50, 51, 52 y siguientes, sobre naturaleza y clase de prestaciones que corresponden a los demandantes. También invoca la Ley 1 abril 1977, el Real Decreto-ley 8 octubre 1986 y el Real Decreto-ley 2 junio 1977. Así como la jurisprudencia que cita y analiza, en orden incluso a la responsabilidad solidaria del Estado.

Se ha de principiar diciendo con un carácter general que por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de este Tribunal Supremo —aunque por su Sección 7.ª— se ha tenido ocasión de resolver, en los recursos acumulados números 530, 534, 537, 540, 543 y 546, todos ellos del año 1988, mediante Sentencia de fecha 14 mayo 1993 (RJ 1993, 3887), supuestos sustancialmente idénticos al presente donde se declaran conformes a derecho la Resolución de 9 septiembre 1988 y el Acuerdo del Consejo de Ministros, de fecha 26 febrero 1988, que aquí también se trata de combatir.

Al propio tiempo se ha de considerar, también con un carácter previo y general, que la Sentencia de la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, de fecha 6 marzo 1982, luego confirmada íntegramente por otra del Tribunal Supremo, después de declarar que la Administración a través de la técnica presupuestaria oportuna debía dar cumplimiento a las obligaciones contraídas en los Reales Decretos-leyes 19/1976, de 8 octubre; 23/1977, de 1 abril, y 31/1977, de 2 junio, con el alcance, forma y manera que se relacionaba en los Consi-

derandos Cuarto y Quinto de dicha sentencia, pero, añadiéndose en el fallo —y esto tiene una consecuencia relevante—, “en tanto en cuanto no se modifique el régimen jurídico o se extinga por cualquiera de las formas determinadas en su reglamento”; pues la citada sentencia reconocía implícitamente que el Estado podía “modificar el régimen jurídico de aplicación”, cual en la práctica ha venido a suceder mediante la Ley 50/1984, de 30 diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1985, que dedica su Disposición Adicional específicamente al Montepío de Funcionarios de la Organización Sindical, donde en el punto 15 de la 21 establece, además, que queda sin efecto, a partir del 1 de julio de 1985, cualquier garantía u obligación del Estado, en relación con las pensiones complementarias procedentes de Mutualidades, Montepíos y demás Entidades de Pensiones de Funcionarios, ya sean a título colectivo, ya sea a título individual, distinta de la que se derive de lo dispuesto en los números anteriores y cualquiera que sea el rango de la norma determinante de dicha garantía u obligación. Esta norma ha sido declarada constitucional por Sentencia del Tribunal correspondiente de fecha 10 noviembre 1988 (RTC 1988, 208), en recurso precisamente interpuesto en relación con sus consecuencias respecto del Montepío de Funcionarios de la antigua Organización Sindical, integrada en el Fondo Especial de “MUFACE”, a petición propia de aquél, según expresamente alega la parte hoy demandante.

Dicho lo anterior con un carácter previo y general, al seguir el orden de alegaciones de las partes, principiando por la alegada infracción del artículo 33.3 de la Constitución española de 1978, por los actos administrativos ahora impugnados; se ha de considerar que según tiene declarado el Tribunal Constitucional, en su Sentencia de 21 julio 1987 (RTC 1987, 134) —aunque referida a las limitaciones cuantitativas impuestas a personas de la Seguridad Social por la Ley 44/1983, de Presupuestos Generales del Estado para 1984, pero que es de sustancial aplicación al caso presente—, “los afiliados... no ostentan un derecho subjetivo a una cuantía determinada de las pensiones futuras, es decir, a las pensiones respecto a las cuales no se ha producido el hecho que los causa”, añadiendo dicha sentencia que de los artículos 41 y 50 de la Constitución no puede deducirse que la misma “obligue a que se mantengan todas y cada una de las pensiones iniciales en su cuantía prevista, ni que todas y cada una de las ya causadas experimenten un incremento anual”. Asimismo, dicha doctrina del Tribunal Constitucional considera, respecto al concepto de “pensión adecuada”, que “no puede considerarse aisladamente atendiendo a cada pensión singular, sino que debe tenerse en cuenta el sistema de pensiones en su conjunto sin que pueda prescindirse de las circunstancias sociales y económicas de cada momento, y sin que quepa olvidar que se trata de administrar medios económicos limitados para un gran número de necesidades sociales”; y añade dicha doctrina “al fijar un límite a la percepción de nuevas pensiones o al negar la actualización durante un tiempo de las que suponen ese límite, el legislador no rebasa el ámbito de las funciones que le corresponden en la apreciación de aquellas circunstancias socioeconómicas que condicionan la adecuación y actualización del sistema de pensiones”. Esta doctrina del Tribunal Constitucional disipa toda duda respecto de la susceptibilidad jurídica de introducir modificaciones en el régimen de pensiones y, por ende, que ello lleve aparejado la infracción ahora invocada del artículo 33.3 de la Constitución, no sólo porque con ello no se expropia a los recurrentes de ningún derecho subjetivo adquirido, sino porque dicho precepto constitucional no se refiere a la facultad del Estado para regular y modificar las compensaciones económicas de sus funcionarios en cualquiera de sus situaciones de servicios activos o pasivos, máxime cuando, como en el presente caso, no existe un derecho patrimonial que haya entrado en la esfera jurídica de los recurrentes, inherente a mantener la financiación de que disfrutaba el Montepío de Funcionarios de la antigua Organización Sindical, con cargo a otros fondos o aportaciones distintas de las de carácter privado, constituidos por las cuotas de sus asociados. Es más, esta concreta cuestión queda jurídicamente zanjada, desde el momento en que la Sala del Tribunal Constitucional produce su Sentencia de 10 noviembre 1988, donde después de analizar los efec-

tos de la Disposición Adicional Veintiuna, en sus puntos 14 y 15, de la Ley 50/1984, de 30 diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1985, en los derechos del mentado Montepío, declara que "no puede hablarse así de privación cuando se ofrece una garantía definitiva del mantenimiento del sistema complementario de protección social que aquellas normas trataban de asegurar —Reales Decretos-leyes 19/1976 y 31/1977—, pues el Estado sigue garantizando la conservación de esta protección complementaria y posibilitando la integración del Montepío referido en el sistema público de protección social; la reducción para el futuro del nivel de protección por dicha integración en mencionado Fondo Especial de 'MUFACE' es consecuencia de la progresiva equiparación de todos los colectivos integrados en dichos 'Fondos' y permite la pervivencia de ese sistema complementario de protección que sería inviable de otra forma". Para asegurar la continuación de su sistema —sigue diciendo la aludida sentencia—, complementario, el Estado permite al Montepío referido solicitar, como efectivamente ha hecho, integrarse como otras Mutualidades de Funcionarios y Montepíos en los fondos especiales de "MUFACE", dentro de una operación global, iniciada ya en la Ley 29/1975, de ordenar y racionalizar el sistema público de previsión social de la Administración Pública; el carácter generalizado y sistemático de estas actuaciones —concluye diciendo la meritada sentencia del Tribunal Constitucional— "sirve también para descartar que se trate de medidas expropiativas". Terminando por afirmar que, según la Sentencia del Tribunal Constitucional de 16 julio 1987 (RTC 1987, 127), las aportaciones públicas para la financiación de estas prestaciones complementarias "son modificables o suprimibles de acuerdo con la política de ordenación de la Seguridad Social y su déficit, por lo que ha rechazado la invocada infracción del artículo 33.3 de la Constitución". Esta doctrina, dice la comentada sentencia del Tribunal Constitucional, "es también aplicable... con mayor razón, si se tiene en cuenta que el objeto de discusión se refiere a una Mutua privada de carácter voluntario, y de que la exclusión de su financiación a cargo de fondos públicos obedece al necesario respeto de principios y exigencias constitucionales a las que ya se ha hecho referencia, sin que de estas medidas legislativas pudieran derivarse responsabilidades indemnizatorias a cargo del Estado".

Por lo precedentemente expuesto, al no existir en los Acuerdos del Consejo de Ministros, al presente combatidos, privación para los recurrentes de unos derechos subjetivos o situaciones jurídicas individualizadas, adquiridos al amparo de la normativa contenida en los Reales Decretos-leyes que aquéllos alegan, no existe vulneración alguna por aquéllos del artículo 33.3 de la Constitución española de 1978, como dicha parte postula.

Otro tanto hay que decir respecto a los invocados "derechos adquiridos", al amparo de la normativa jurídica contenida así en el Título Preliminar del Código Civil, como en la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado de 26 julio 1957, en la Ley de Procedimiento Administrativo de 17 julio 1958 y en la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1 julio 1985; pues, al faltar dicha previsión de tales normas —derechos adquiridos—, éstas no han de aplicarse en el sentido pretendido por los actores en este recurso jurisdiccional.

El Acuerdo del Consejo de Ministros de 26 febrero 1988, al presente impugnado, en el apartado noveno, se limita a dar exacto cumplimiento a lo establecido en la Disposición Adicional Veintiuna, apartado 13, de la Ley 50/1984, de 30 diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1985; y en lo que se refiere a los límites cuantitativos impuestos a las pensiones, dicho Acuerdo encuentra su cobertura en el apartado 7 de la mentada Disposición Adicional, dedicado específicamente —como antes se dijo— al Montepío de Funcionarios de la antigua Organización Sindical. La garantía que establecían los Reales Decretos-leyes 19/1976, de 8 octubre, y 31/1977, de 2 junio, ha sido modificada por la aludida Disposición Adicional Veintiuna, en su apartado 15, al establecer que "queda sin efecto, a partir del 1 de julio de 1985, cualquier garantía u obligación del Estado, en relación con las pensiones complementarias procedentes de Mutualidades, Montepíos y demás Entidades de Pensiones de Funcionarios, ya sea a título colectivo, ya sea a título individual, distinta de la que

se derive de lo dispuesto en los números anteriores y cualquiera que sea el rango de la norma determinante de dicha garantía u obligación". Luego sí, como se ha razonado anteriormente, se ha declarado por Sentencia del Tribunal Constitucional de 10 noviembre 1988 la constitucionalidad de dicha norma legal, y si el Estado posee la facultad de modificar por ley formal un sistema de pensiones anterior, institucionalizado por normas de igual rango, y dicho sistema modificado por su sola promulgación no produjo en los hoy recurrentes la adquisición de unos derechos subjetivos que la nueva normativa habría de respetar; no puede prosperar en tal extremo controvertido la actual pretensión de la parte actora deducida al efecto.

Por otra parte, el Acuerdo del Consejo de Ministros, al presente combatido, tampoco infringe el "principio de igualdad ante la Ley", consagrado en el artículo 14 de la Constitución española de 1978; porque como dice la Sentencia de la Sección Séptima de esta Sala del Tribunal Supremo, de fecha 14 mayo 1993, dictada en un supuesto sustancialmente idéntico al presente, si bien implícitamente se desarrolla por la parte actora su alegación al respecto en una triple dirección —existencia de otros mutualistas del mismo Montepío que han obtenido sentencias favorables en la Jurisdicción Laboral de respeto de sus prestaciones íntegras conforme a lo establecido en el Reglamento del Montepío; existencia de otros colectivos de funcionarios que se les han respetado las pensiones que pudieran corresponderles en 31 de diciembre de 1986; manteniendo los funcionarios de la AISS de más altas cuotas que el resto de los funcionarios públicos, a los que se les redujo notablemente la cotización—; ninguna de esa triple argumentación —según la sentencia dictada que ahora se sigue— puede llevar a apreciar la pretendida vulneración del artículo 14 de la Constitución, por las siguientes razones que en aquélla se expresan: A) Porque respecto de la primera, las limitaciones previstas en el Acuerdo del Consejo de Ministros al presente combatido, para los mutualistas del Montepío en general, derivan de lo expresamente previsto en las Leyes 74/1980, de 29 diciembre, y 50/1984, de 30 diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1981 y 1985, respectivamente, y el acuerdo ahora impugnado recoge la limitación, establecida para el Montepío de Funcionarios de la Organización Sindical, en la Disposición Adicional Vigésimoprimera, apartado siete, de la Ley 50/1984, y el hecho de que existan algunos mutualistas que hayan obtenido sentencias favorables en la Jurisdicción Laboral, en las que se respetan las prestaciones íntegras establecidas en el Reglamento del Montepío, no supone que el meritado acuerdo del Consejo de Ministros al establecer limitaciones, discrimine a los mutualistas que no hayan obtenido sentencia favorable, pues en esas limitaciones el acuerdo se ajusta exactamente a lo que dispone una norma con rango de ley y el trato que reciban los mutualistas que obtuvieran sentencia favorable, es consecuencia de la obligación que la Administración tiene de acatar las resoluciones judiciales firmes y no de una discriminación atribuible al acuerdo. B) Porque respecto de la segunda línea argumental anteriormente expuesta, se ha de considerar que no existe sustancial identidad de situaciones entre la integración de la Mutualidad de Previsión del extinto Instituto Nacional de Previsión y de la Mutualidad de Previsión de Funcionarios del Mutualismo Laboral, en el Fondo Especial que se constituya en el Instituto Nacional de la Seguridad Social, con arreglo a lo previsto en el Real Decreto 126/1988, de 22 febrero, y la integración del Montepío de Funcionarios de la antigua Organización Sindical en el Fondo Especial de "MUFACE". Es más, ha de tenerse en cuenta que el citado Real Decreto 126/1988 responde a lo que establece la Disposición Transitoria Sexta de la Ley 21/1986, de 23 diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1987, y el acuerdo ahora impugnado responde a lo que establece la Disposición Adicional Vigésimoprimera de la mentada Ley 50/1984; y no cabe someter a comparación las previsiones de una y otra Ley, en orden a la integración de unas y otras Mutualidades, para deducir consecuencias discriminatorias en el acuerdo que ahora se impugna, que se limita a aplicar las previsiones de las Leyes de Presupuestos para 1981 y 1985, pues las previsiones del legislador no son revisables en esta vía jurisdiccional. C) Porque respecto de la tercera línea argumental anteriormente expuesta se ha de decir que el

Acuerdo de 26 febrero 1988, objeto del actual recurso, se limita en su apartado noveno a dar cumplimiento a lo establecido en la Disposición Adicional Vigésimoprimera, apartado trece, de la repetida Ley 50/1984 y, por tanto, cualquiera que fuere la diferencia de cotización, en relación con la regulada en el Real Decreto 383/1981, de 27 febrero, hay que atribuirla al legislador y no al acuerdo ahora impugnado.

Además de dichos argumentos formulados por la Sentencia del Tribunal Supremo, de fecha 14 mayo 1993, dictada en un supuesto sustancialmente idéntico al presente, se ha de considerar que el principio de "igualdad ante la Ley", garantizado por el artículo 14 de la Constitución, ha de entenderse en función de las circunstancias que concurren en cada supuesto concreto en relación con el cual se invoca, de forma y manera que la simple desigualdad en los fallos de diversos casos aparentemente iguales en sus supuestos de hecho no da derecho, sin más, a entender vulnerado el principio de igualdad en la aplicación de la Ley. En el supuesto de actual referencia no se han identificado mediante las alegaciones concretas y precisas del demandante la concurrencia de situaciones sustancialmente idénticas de aquellos que obtuvieron sentencias favorables ante la Jurisdicción Laboral y los hoy recurrentes; máxime que aquéllos las obtuvieran pretextando otras circunstancias fácticas que no concurren en los hoy demandantes y, lo que es más peligroso, que aquellos que obtuvieron el reconocimiento de sus pretensiones en la Jurisdicción Laboral, caso de encontrarse en las mismas situaciones y circunstancias que los hoy demandantes en este recurso, lo hubieran obtenido fuera de la legalidad; pues es conocida la doctrina del Tribunal Constitucional y la jurisprudencia de esta Sala que establece que "el principio de igualdad" ante la Ley no puede transformarse en una exigencia de trato igual para todos fuera de la legalidad, pues el incumplimiento de éste en algunos casos puede llevar a pronunciamiento de carácter anulatorio o sancionador, "pero no puede amparar el incumplimiento de todos ni de su cobertura bajo una alegación de igualdad material fuera de la Ley, perpetuando así una situación jurídica incorrecta".

Por todo lo anteriormente expuesto, y manteniendo la doctrina establecida por la Sección Séptima de esta Sala Tercera del Tribunal Supremo de fecha 14 mayo 1993, se ha de desestimar el actual recurso contencioso-administrativo, declarando ser conformes a derecho los actos objeto de impugnación en este proceso; manteniéndolos en sus propios términos.» (*Sentencia de la Sala 3.ª, Sección 3.ª, 20 enero 1995.*)

4. Indemnizaciones. Comisión de servicio. Funcionarios de oficinas ambulantes de Correos. Dado que la finalidad de las dietas es la de compensar los gastos que origina la estancia fuera de la residencia oficial, no la de retribuir un trabajo o actividad especial, sólo comenzarán a devengarse desde la salida del tren según el horario oficial, y no desde el momento anterior en que el funcionario debe presentarse en la oficina.

«Tienen su origen estos autos en la impugnación, precisamente por el cauce excepcional del recurso de revisión, de la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 31 mayo 1991, impugnación ésta que se basa en el motivo previsto en el artículo 102.1.b) de la Ley Jurisdiccional —contradicción de sentencias—, en la redacción anterior a la Ley 10/1992, de 30 abril.

Y ya con este punto de partida será de indicar que los recurrentes, funcionarios de Correos adscritos a Servicios Ambulantes, concretan la cuestión planteada en los siguientes términos: si a los efectos de cobro de dietas el cómputo del tiempo de la comisión ha de comenzar estrictamente desde la salida del tren según el horario ofi-

cial establecido o ha de referirse al momento anterior en que el funcionario debe presentarse en la oficina ante el encargado de guardia y firmar el recibo de entrega de despachos y valores.

Advirtiéndose que efectivamente se aprecia la existencia de la contradicción alegada, ha de señalarse que la cuestión litigiosa ha sido reiteradamente resuelta por esta Sala en las Sentencias de 17 y 20 enero y 21 junio 1994 (RJ 1994, 218, 223 y 5048), cuya doctrina puede sintetizarse indicando que si la finalidad de las dietas es la de compensar los gastos que origina la estancia fuera de la residencia oficial y no la de retribuir un trabajo o actividad especial, resulta claro que sólo comenzarán a devengarse aquéllas desde el momento en que se produce la salida de la residencia oficial, de suerte que "carece de fundamentación jurídica computar como tiempo de la comisión de servicio que origine el devengo de dietas el prestado en el lugar de la residencia oficial del funcionario".» (*Sentencia de la Sala 3.ª, Sección 1.ª, 24 enero 1995.*)

5. Retribuciones. Funcionarios de correos de oficinas ambulantes. Tienen derecho a la gratificación por penosidad festiva, que es compatible con el complemento específico —que corresponde al puesto de trabajo con independencia del tiempo en que se realice—, pero no con la gratificación de penosidad nocturna, pues el trabajo nocturno está ya compensado con la penosidad que incluye en la jornada horas nocturnas.

«Tienen su origen estos autos en la impugnación, precisamente por el cauce excepcional del recurso de revisión, de las Sentencias de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de 23 abril y 20 junio 1991, impugnación ésta que se basa en el motivo previsto en el artículo 102.1.b) de la Ley Jurisdiccional —contradicción de sentencias—, en la redacción anterior a la Ley 10/1992, de 30 abril.

Y en el examen de los presupuestos procesales, alegada por el Abogado del Estado la extemporaneidad del recurso en cuanto se refiere a la Sentencia de 23 abril 1991, bastará indicar que notificada ésta el 10 de octubre de 1991 y siendo domingo el 10 de noviembre siguiente, el plazo quedaba prorrogado hasta el siguiente día 11 —artículos 305 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 185.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial—, fecha ésta en la que efectivamente y por tanto dentro de plazo se interpuso el recurso.

Y ya en este punto será de indicar:

A) Que son dos las cuestiones planteadas en estos autos, ambas referidas a las retribuciones de los funcionarios de Correos adscritos a Servicios Ambulantes: *a)* la de si tales funcionarios tienen derecho a la "penosidad festiva" en razón de trabajos realizados en sábado, domingo o días festivos, y *b)* si tal retribución resulta compatible y por tanto acumulable a la "penosidad nocturna", cuando coincidan sus bases de hecho en una misma jornada de trabajo.

B) Que ciertamente puede apreciarse la existencia de la contradicción de sentencias alegada, como ya declaró esta Sala para asunto análogo en la Sentencia de 8 marzo 1994 (RJ 1994, 1884), dictada en el Recurso de revisión número 343/1991, y que además resolvía los dos temas aquí planteados.

Por lo que se refiere a la primera de las ya enunciadas cuestiones será de señalar que la citada Sentencia de 8 marzo 1994 reconocía el derecho de los funcionarios adscritos a Servicios Ambulantes de Correos a percibir la "penosidad festiva", habida cuenta de las exigencias del principio de igualdad, basadas en la comparación con la situación jurídica de otros funcionarios en los que concurre identidad de ra-

zón, y de la doble vía retributiva que abren los apartados *b*) y *d*) del artículo 23.2 de la Ley 30/1984, de 2 agosto: mientras que el complemento específico se fija para cada puesto de trabajo en atención a las características de su función, con independencia del tiempo en que se lleve a cabo —apartado *b*)—, la gratificación por servicios extraordinarios retribuye trabajos realizados “en una jornada que no se considera normal” —apartado *d*)—.

En cuanto a la segunda de las cuestiones antes indicadas, la Sentencia de 8 marzo 1994 niega la compatibilidad de la “penosidad festiva” y la “nocturna”, dado, por un lado, que en este tema no había base para la aplicación del principio de igualdad y, por otro, que a la gratificación de “penosidad festiva” no puede acumularse la nocturna “ya que carece de fundamento el que una prestación determine dos complementos aunque comprenda horas diurnas y nocturnas”, pues el trabajo nocturno está ya compensado con la “penosidad que incluye en la jornada horas nocturnas”.

Y las soluciones expuestas, declaradas por la tan citada Sentencia de 8 marzo 1994, son las que ahora ha de aplicar esta Sala en virtud del principio de unidad de doctrina —Sentencias de 29 junio 1987 (RJ 1987, 7139), 8 febrero 1988 (RJ 1988, 790), 23 junio 1989 (RJ 1989, 4877), 14 febrero 1990 (RJ 1990, 1314), 12 marzo 1991 (RJ 1991, 1984), 25 febrero 1992 (RJ 1992, 1688), 14 abril 1993 (RJ 1993, 3113), 15 febrero 1994 (RJ 1994, 1481), 12 enero 1995 (RJ 1995, 627), etc.—, que construido por el Tribunal Supremo sobre la base del artículo 102.1.b) de la Ley Jurisdiccional, ha recibido una nueva formulación del Tribunal Constitucional con el fundamento que integran el derecho a la igualdad —artículo 14 de la Constitución—, que aquí encuentra expresión como derecho a la igualdad en la aplicación judicial de la ley, y el principio de seguridad jurídica —artículo 9.º.3 de la Constitución— que reclama una protección de la “confianza de los ciudadanos en que sus pretensiones van a ser resueltas de modo igual para todos, sin discriminaciones injustificadas” —Sentencias 1, 12 y 100/1988, de 13 enero, 3 febrero y 7 junio (RTC 1988, 1, 12 y 100), 161 y 200/1989, de 16 octubre y 30 noviembre (RTC 1989, 161 y 200), etcétera—.

De todo ello deriva la procedencia de un pronunciamiento parcialmente estimatorio del recurso de revisión, con rescisión de las sentencias impugnadas en cuanto al primero de los temas debatidos —sin intereses, dado que se refiere a una cantidad ílquida cuya determinación, como solicitan los recurrentes, ha de llevarse a cabo en ejecución de sentencia—, con desestimación de las restantes pretensiones, con devolución del depósito y sin hacer una expresa imposición de costas —artículos 1809 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 131.1 de la Ley Jurisdiccional—.» (*Sentencia de la Sala 3.ª, Sección 1.ª, 25 enero 1995.*)

6. Derecho de reunión en el centro de trabajo y durante la jornada laboral. Requisitos: conformidad de ambas partes; no más de 18 horas anuales, y no perjuicio al servicio.

«El acto administrativo del que dimana la reclamación en sede jurisdiccional podría llegar a afectar, según bajo qué circunstancias, a otros derechos fundamentales además del apreciado en la sentencia como son los de ejercicio del derecho de reunión y de libertad sindical de los artículos 21.1 y 28.1 CE. En el presente caso, el proceso de la Ley 62/1978, de 26 diciembre, de Protección Jurisdiccional de Derechos Fundamentales, ha sido promovido, específicamente, en relación con el derecho fundamental de igualdad y no discriminación del artículo 14 CE, aplicado a un supuesto concreto de ejercicio del derecho de reunión de los funcionarios *en el centro de trabajo y durante el horario de la jornada laboral.*

El ejercicio del derecho de reunión de los funcionarios en el centro de trabajo

tiene definidos sus límites en el artículo 42 de la Ley 9/1987, de 12 junio, de Organos de Representación, Determinación de las condiciones de Trabajo y Participación del Personal al servicio de las Administraciones Públicas, en los términos siguientes:

“1. Las reuniones en el centro de trabajo se autorizarán fuera de las horas de trabajo, salvo acuerdo entre el órgano competente en materia de personal y quienes estén legitimados para convocar las reuniones a quienes se refiere el artículo anterior. En este último caso, sólo podrán concederse autorizaciones hasta un máximo de treinta y seis horas anuales. De éstas, dieciocho corresponderán a las Secciones Sindicales y el resto a los Delegados o Juntas de Personal.

2. Cuando las reuniones hayan de tener lugar dentro de la jornada de trabajo, la convocatoria deberá referirse a la totalidad del colectivo de que se trate, salvo en las reuniones de las Secciones Sindicales.

3. En cualquier caso, la celebración de la reunión no perjudicará la prestación de los servicios.”

Del texto anterior se desprende que, para que una reunión de funcionarios se celebre *durante las horas de trabajo* (supuesto comprendido en el presente recurso), se requiere que, aparte de la solicitud por quien esté legitimado para ello, concurran las siguientes condiciones: *a)* que medie conformidad (acuerdo de ambas partes); *b)* que no se rebase el cupo de dieciocho horas anuales legalmente prefijadas, respectivamente, para las Secciones Sindicales por un lado y para los Delegados y las Juntas de Personal por otro; y *c)* que la celebración de la reunión “no perjudique la prestación de los servicios”.» (*Sentencia de la Sala 3.ª, Sección 7.ª, 7 febrero 1995.*)

III. INCOMPATIBILIDADES

1. *Incompatibilidades. No es preceptiva la audiencia en la resolución de expediente relativo a incompatibilidad de dos puestos en el sector público, uno a tiempo completo y otro a tiempo parcial, si no se tienen en cuenta otros hechos, alegaciones y pruebas que los aducidos por el interesado. Improcedencia de la compatibilidad.*

«Viene declarando con reiteración esta Sala —SS. 26 mayo 1977 (RJ 1977, 3326), 27 febrero 1978 (RJ 1978, 735), 10 febrero y 28 septiembre 1988 (RJ 1988, 1124 y 7278) y 4 y 18 marzo y 23 octubre 1992 (RJ 1992, 1756, 3379 y 8488), entre otras— que el conocimiento de la Sala *a quem*, en el recurso de apelación, se circunscribe —salvo los casos de nulidad radical o vicios procedimentales, apreciables de oficio— a examinar, en la medida en que han sido impugnados, los puntos resueltos o que debió resolver la sentencia apelada, por lo que cuando, como aquí sucede, el apelante no efectúa alegaciones impugnatorias, se priva a esta Sala del indispensable conocimiento sobre cuáles sean las razones o motivos por los que el recurrente discrepa de la sentencia, lo que conduce a la desestimación del recurso y a la confirmación de la sentencia, pronunciamiento éste que aquí procede hacer, tanto más cuanto que las tres pretensiones que el recurrente articuló en la demanda jurisdiccional, frente a las resoluciones impugnadas, que declararon su incompatibilidad en el desempeño de dos puestos de trabajo del sector público (Médico Adjunto Tocoginecólogo, en el Hospital General “Gregorio Marañón”, de Madrid, dependiente de la Consejería de Salud, de la Comunidad de Madrid, como actividad principal, y Médico Jefe de Equipo de Tocología, en el INSALUD, como actividad secundaria), fueron correctamente rechazadas en la sentencia apelada, ya que, en cuanto a la primera

pretensión —nulidad de pleno derecho de las resoluciones impugnadas, con fundamento en el artículo 47.1.c) de la LPA—, del expediente administrativo aportado se desprende que se siguió el procedimiento legalmente establecido, sin que fuera necesario el trámite de audiencia exigido en el artículo 91.1 de la LPA al darse el supuesto de excepción a tal exigencia prevista en el número 3 de dicho artículo, pues no se tuvo en cuenta en la resolución hechos ni alegaciones distintas a las aducidas por el propio interesado, en su solicitud de compatibilidad; en cuanto a su segunda pretensión (nulidad de las resoluciones impugnadas, por infringir las mismas la normativa sobre incompatibilidades, con el consiguiente derecho del recurrente a seguir compatibilizando los dos puestos de trabajo del sector público), resulta de todo punto acertado el rechazo de tal pretensión, por cuanto uno de los puestos de trabajo (el señalado como actividad principal) lo venía desempeñando el demandante a tiempo completo, situación ésta que imposibilita autorizar el desempeño del segundo puesto de trabajo, a tenor de lo preceptuado en la Ley 53/1984, de 26 diciembre, sobre incompatibilidades, y RD 598/1985, de 30 abril, y por último, en cuanto a la tercera pretensión (indemnización por los perjuicios que le ha ocasionado la Ley 53/1984, al verse privado del desempeño del segundo puesto de trabajo), resulta asimismo acertado el rechazo de la misma, pues tal pretensión, que comporta el planteamiento de una presunta responsabilidad patrimonial del Estado Legislador, debió ser deducido, como tenemos reiteradamente dicho, en vía administrativa ante el órgano competente (que no es otro que el Consejo de Ministros) y frente a lo que este último resuelva, la única vía jurisdiccional procedente es el recurso directo ante esta Sala Tercera, por lo que mal podía la Sala de instancia resolver dicha pretensión.» (Sentencia de la Sala 3.ª, Sección 7.ª, 12 enero 1995.)

2. *Incompatibilidades. Dos puestos de trabajo en el sector público. Incompatibilidad con puesto de trabajo en jornada ordinaria y con complemento específico.*

«El demandante en el proceso apela la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 6 julio 1991, que desestimó su recurso interpuesto contra resolución del Pleno del Ayuntamiento de Madrid, que declaró la incompatibilidad entre sus puestos de Médico de la Beneficencia Municipal, actividad declarada como principal por el recurrente, y el de Inspector del Cuerpo Sanitario de la Seguridad Social, actividad declarada como secundaria.

La sentencia apelada, aceptando la fundamentación de la resolución recurrida, y declarando su conformidad a derecho (Fundamento de Derecho 3.º), se refiere a la norma general de incompatibilidad del artículo 1.º de la Ley 53/1984, salvo en los supuestos establecidos en la propia Ley, y afirma que “la situación del recurrente en cuanto a los indicados puestos de trabajo, uno de ellos desarrollado en régimen de jornada ordinaria y con percepción de complemento específico, y por el desempeño de sus funciones, no está amparada por excepción alguna, lo que desvirtúa la argumentación de la actora con base en la legalidad ordinaria”.

La argumentación del apelante, que, como dice el Ayuntamiento apelado, es reproducción de alegaciones de la primera instancia, rechazadas en la sentencia, consiste en la crítica del informe del Jefe de Negociado de Control de Incompatibilidades, obrante en el expediente, en el que se hace referencia a otro de la Inspección General de Servicios de la Administración Pública, acerca de la jornada ordinaria del recurrente como Inspector de la Seguridad Social, cuya existencia niega, y, basándose en esa negativa, expone una argumentación sobre carga de la prueba, imputable, a su juicio, a la Administración demandada, y no satisfecha, según su crite-

rio, en este caso, por lo que, a su juicio, los únicos elementos probatorios de las jornadas de cada trabajo son sus propias declaraciones en el expediente, según las que se trataba de dos jornadas de trabajo a tiempo parcial de posible compatibilidad con arreglo a la Ley 53/1984: artículos 1.º y 3.º y disposición transitoria 3.ª y artículo 24 del RD de 30 abril 1985, que desarrolló parcialmente la Ley.

Tal argumentación quiebra por su base, una vez que, contra la negativa del recurrente, sí consta en el expediente el informe de la Inspección General de la Administración Pública, y concretamente en su folio 2, que demuestra el dato de que el apelante desarrolla su actividad inspectora en régimen de jornada ordinaria y percibiendo complemento específico por el desempeño de sus funciones, manteniendo así toda su eficacia la fundamentación de la sentencia apelada, que quedó transcrita, no desvirtuada por el apelante, debiéndose añadir además que el hecho de la percepción de complemento específico es de por sí causa obstativa de la compatibilidad, conforme a lo dispuesto en el artículo 16.1 de la Ley 53/1984.» (*Sentencia de la Sala 3.ª, Sección 7.ª, 31 enero 1995.*)

IV. RÉGIMEN DISCIPLINARIO

1. *Faltas. Desconsideración con los superiores y compañeros. Perturbación del servicio. Artículo 6.h) RD: el plazo inicial para el cómputo del año será la fecha de la primera resolución sancionadora, pero el término final lo será la fecha en que se haya cometido la nueva falta, no la de la nueva resolución.*

«La Diputación Provincial de Sevilla abrió expediente disciplinario a don Juan Manuel M. V., funcionario especialista en actividades ganaderas, adscrito al servicio de producción y sanidad animal, que resolvió por Acuerdo de 29 marzo 1988, en el que literalmente se dice que "resulta probado que el citado funcionario fue autor de los hechos que a continuación se relacionan, acaecidos durante los días 16 y 18 de septiembre de 1986 y siguientes días: I. a) Insultos y amenazas a don Rafael R. A., Administrador del Cortijo de Cuarto, en el Bar Caballo Blanco de Bellavista y posteriormente en el propio Cortijo, ante testigos. b) Idéntica actitud hacia don Bonifacio R. B., Capataz de dicho Cortijo, en el lugar denominado Hogar del Ganadero. c) Insultos e intento de agresión al Consejero de la Junta de Andalucía don Miguel M., con ocasión de la inauguración de la Feria AMPORC 86. d) Grave perturbación del recinto ferial, con motivo de este incidente, con intervención del personal de custodia de dicho recinto para el desalojo forzoso del perturbador. e) Insultos al Diputado Provincial don Felipe G. Ch., de nuevo en el recinto de la Feria AMPORC 86, el día 18 de septiembre, con intervención de los guardas para evitarlo. II. Resultando asimismo probado en el mencionado expediente que con posterioridad a los citados hechos don Juan Manuel M. V., suspendido de empleo y sueldo por expediente anterior, ha venido frecuentando su lugar de trabajo Cortijo de Cuarto y haciendo evidente su actitud de viva hostilidad y resentimiento hacia don Rafael R. A., Administrador del Centro, y don Bonifacio R. B., Capataz del mismo, en diversas ocasiones, dentro y fuera del recinto, haciéndoles objeto de amenazas y expresiones injuriosas, habiéndose tenido que prohibir al expedientado el acceso a dicho Centro Provincial, por diligencia dictada en el citado expediente el 5 de febrero de 1987".

Los hechos reseñados en los apartados a), b), c) y e) del número I fueron considerados como constitutivos de cuatro faltas graves de consideración con los superiores y compañeros —art. 7.1.e) del Real Decreto 33/1986, de 10 enero— y el descrito en el apartado d) como una falta de grave perturbación del servicio descrita en la letra n) del citado artículo. Por otra parte, los hechos mencionados en el número II

fueron considerados como otra falta continuada de "grave desconsideración", de acuerdo con el citado apartado *e*).

Teniendo en cuenta estas calificaciones, de las que resultaría la concurrencia de seis faltas graves en un período de dos días y, en consecuencia, inferior al que se refiere el apartado *n*) del artículo 6 del Real Decreto 33/1986 y encontrándose entonces el funcionario en situación de suspensión de empleo y sueldo, como consecuencia de la comisión de nueve faltas graves por hechos ocurridos entre el 18 de octubre de 1984 y el 12 de enero de 1986, de conformidad con otra Resolución sancionadora de 23 de julio de 1986, la Diputación acordó imponerle la separación del servicio, en aplicación de los artículos 14.a) y 15 del Reglamento Disciplinario aprobado por dicho Real Decreto 33/1986.

La sentencia apelada —a la que ha prestado su conformidad el demandante—, después de afirmar que los hechos declarados probados por la Administración están plenamente acreditados, discrepa, sin embargo, en cuanto a su calificación, por entender que sólo es correcta la de las cuatro faltas graves de consideración recogidas en los apartados *a*), *b*), *c*) y *e*) del número I del relato de hechos probados, pero sin que sea aceptable la dada a los descritos en el apartado *d*) ni tampoco que el señor M. V. hubiese incurrido en falta muy grave.

En cuanto al primer punto, porque, estando el interesado suspendido de empleo y sueldo, no podía perturbar gravemente el servicio, siendo, además, las alteraciones denunciadas una normal consecuencia de la actitud del mismo con el Consejero de la Junta de Andalucía.

Por lo que se refiere a la falta muy grave, porque habiendo sido sancionado el 23 de julio de 1986 por nueve faltas graves y el 29 de septiembre de 1988 por seis faltas graves, había transcurrido entre ambas sanciones muy sobradamente el término del año previsto en el artículo 31.1.n) de la Ley 30/1984, reproducido en el 6.n) del Reglamento antes citado.

Como consecuencia de estos razonamientos, la sentencia de primera instancia sancionó al actor, como autor de cuatro faltas disciplinarias graves, a cuatro sanciones de tres años de suspensión de funciones, con el límite máximo señalado por el artículo 70 del Código Penal, del triple de la sanción más grave.

La representación procesal de la entidad pública apelante se opone, en primer lugar, a que no sea considerada falta la grave perturbación del recinto ferial producida como consecuencia de los insultos y el intento de agresión al Consejero de la Junta, citando al respecto el artículo décimo del Real Decreto 33/1986, en el que se dice que los funcionarios que se encuentren en situación distinta de la de servicio activo, podrán incurrir en responsabilidad disciplinaria por las faltas que puedan cometer dentro de sus peculiares situaciones administrativas.

Sin excluir la posibilidad de que en algún concreto supuesto sea concebible que un funcionario suspendido de empleo pueda perturbar gravemente el servicio, sin embargo en este caso debe excluirse la infracción, porque el hecho cometido por el señor M. V., consistente en el insulto e intento de agresión al Consejero, ha sido plenamente tipificado como grave falta de consideración, sin que, por tanto, pueda imputársele por el mismo hecho otra infracción.

La segunda y última objeción opuesta por la parte apelante alude al criterio para aplicar la infracción descrita en el artículo 6.n) del Reglamento. En este aspecto no compartimos la doctrina de la sentencia apelada, que el cómputo del año previsto en el mencionado precepto lo hace tomando como términos inicial y final el de las fechas de las respectivas resoluciones sancionadoras, siendo así que lo correcto es que, teniendo en cuenta la fecha inicial indicada, sin embargo la final lo sea aquella en que realmente se haya cometido la nueva falta, porque lo que trata de sancionarse en el tipo es la acreditada ineficacia de la función de prevención especial que las anteriores sanciones han tenido sobre el sancionado a la fecha en que la nueva falta es cometida. Por eso en este caso, siendo la fecha de la Resolución sancionadora de las nueve faltas graves el 23 de julio de 1986 y la de la comisión de las que constituyen el objeto de este proceso el siguiente mes de septiembre, resulta conforme a De-

recho que al demandante se le haya separado del servicio.» (*Sentencia de la Sala 3.ª, Sección 7.ª, 23 enero 1995.*)

2. *Faltas. Calificada como abandono de servicio que debe ser tipificada como incumplimiento injustificado de la jornada de trabajo que, acumulado, suponga un mínimo de diez horas al mes. Posibilidad de que el Tribunal efectúe nueva tipificación y resuelva sobre la también nueva sanción a imponer, aunque el recurrente postulase tan sólo la anulación de los actos impugnados.*

«A partir de la relación fáctica de la que se ha dejado constancia, el acuerdo municipal anulado por la sentencia recurrida lleva a cabo su tipificación como falta muy grave con arreglo al artículo 31.1.c) de la Ley 30/1984, escuetamente definida como “el abandono de servicio” y sancionable con arreglo a los artículos 14 y 15 del Reglamento Disciplinario aprobado por RD 33/1986, de 10 enero, en relación con el artículo 147 del RD Leg. 781/1986, de 18 abril, con separación del servicio o suspensión de funciones de tres a seis años.

El concepto de abandono de servicio aparece inmediatamente relacionado con dos elementos materiales que, junto al elemento intencional, lleva normalmente incorporados el tipo infractor: la ausencia del puesto de trabajo y la no prestación de las funciones a cargo del respectivo funcionario.

La apreciación de la concurrencia de dichos elementos materiales en el comportamiento del funcionario señor F. V., durante el período acotado, requiere la previa formulación de importantes matizaciones.

En cuanto a la ausencia del puesto de trabajo, es de destacar que el funcionario fichó diariamente de entrada y de salida en las oficinas del Ayuntamiento durante el período indicado y, tuviera o no derecho a despacho independiente, no se ha llegado a explicitar por los órganos de la Corporación Municipal el espacio físico de disponibilidad personal que tuviera reservado en el Área de su adscripción oficial para el desempeño de la actividad funcionarial. Por otro lado, existen datos que permiten deducir que la ausencia de aquella Área administrativa no guarda paralelismo con la ocultación maliciosa de su paradero, pues se alude por ambas partes a conversaciones ocasionales mantenidas en el despacho de la Jefatura para discutir la ubicación del funcionario, la tarea a desempeñar y la autoridad competente para su decisión.

En cuanto al *servicio* afectado por el “abandono” —entendido, a este efecto, como inhibición voluntaria y total de las obligaciones funcionariales específicas que tuviera encomendadas—, la referencia genérica al “Área de Servicios Técnicos” resulta extremadamente vaga e insuficiente con mayor motivo si se tiene en cuenta la cualificación profesional del funcionario, Ingeniero Industrial que había desempeñado durante años el cargo de Jefe de la Sección de Tráfico. La relativización de la trascendencia de este “abandono” tuvo quizás reflejo en el voto de un importante sector del Pleno municipal, como lo demuestra que el Acuerdo de 12 de marzo de 1987, impugnado en sede jurisdiccional, fue adoptado por 16 votos a favor, 10 en contra y 1 abstención.

Llegamos, pues, a la conclusión de que los hechos tipificados no son subsumibles en el tipo infractor aplicado porque ni en su contenido material ni en la intencionalidad de su autor tienen dimensión ni trascendencia para la calificación final de “abandono de servicio”. Ello no empece a que puedan ser objeto de reproche administrativo que, en este caso, cabría formularlo con arreglo al tipo infractor del artículo 7.1.1) del citado RD 33/1986, que define como falta grave “el incumplimiento injustificado de la jornada de trabajo que acumulado suponga un mínimo de diez

horas al mes"; sancionable, conforme al artículo 16, con suspensión de funciones hasta el límite de tres años o traslado con cambio de residencia. Este planteamiento nos obliga a resolver acerca de su viabilidad procesal y, en su caso, ponderar la graduación de la sanción.

En cuanto al primer aspecto, hay que recordar que la pretensión de tutela judicial formalmente mantenida por el funcionario en la *súplica* de la demanda consiste en postular que "se anulen, dejándolos sin efecto ni valor alguno, por ser contrarios al ordenamiento jurídico los actos administrativos impugnados". Mas no cabe deducir de este antecedente que el debate contradictorio entre las partes y el deber de congruencia que vincula al Tribunal estén supeditados a la literalidad de dicha petición de modo que el órgano jurisdiccional sólo pueda resolver eligiendo entre las dos alternativas de anulación del acto, con liberación de toda sanción, o la declaración de conforme a derecho en su integridad, a salvo la utilización de las facultades del artículo 43.1 de la Ley de la Jurisdicción.

Obviamente, con referencia específica a este recurso, podía el Tribunal sin alterar la esencialidad del hecho tipificado por la Administración apreciar otras circunstancias con trascendencia jurídica y capacidad de incidir en la individualización de la clase y el grado de la sanción en el marco de la legalidad, aspectos que, por otra parte, fueron mencionados en las alegaciones del escrito de demanda.

Pero entiende también el Tribunal, amparado en el principio *iura novit curia*, que puede proceder directamente a la formulación del referido juicio de reproche administrativo, dentro de los límites que impone el respeto a la esencialidad del hecho infractor descrito en el acuerdo municipal sancionatorio; la imposición de sanción de menor gravedad, aunque de la misma naturaleza (suspensión) que una de las alternativamente previstas para el tipo infractor declarado en dicho acuerdo, y la aplicación de un tipo infractor *homogéneo*, que no es sino una especificidad fáctica de menor contenido que la más calificada del abandono de servicio. Todo ello, teniendo en cuenta que la ausencia del debate contradictorio en el presente recurso, del funcionario demandante en la instancia, no tiene otra causa que su libre voluntad de abstención.

En definitiva, creemos que debe ser aplicado el tipo infractor del artículo 7.1.1) del RD 33/1986, antes citado, ponderando en la graduación de la sanción la falta de elementos de juicio acerca de la trascendencia y perturbación que a la normalidad de los Servicios a cargo del Área de adscripción hubiera podido producir la abstención laboral continuada del funcionario sancionado.» (*Sentencia de la Sala 3.ª, Sección 7.ª, 31 enero 1995.*)

Rafael ENTRENA CUESTA

CRONICA ADMINISTRATIVA

